

# VU Research Portal

## De zorgplicht van de bestuurder van een rechtspersoon

Verdam, A.F.

### ***published in***

Onderneming en financiering  
2010

### ***document version***

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

### ***citation for published version (APA)***

Verdam, A. F. (2010). De zorgplicht van de bestuurder van een rechtspersoon. *Onderneming en financiering*, 18(2), 93-109.

### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

### **E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

# De zorgplicht van de bestuurder van een rechtspersoon

A.F. Verdam

## 1 Inleiding; zorgplicht en norm van behoorlijk bestuur

De figuur van de zorgplicht bezien in verhouding tot de rechtsbetrekking tussen rechtspersonen van Boek 2 BW en hun bestuurders, levert niet aanstonds een gevoel van herkenning op. Toch is het de moeite waard een en ander nader te bezien. Daarbij rijst direct de vraag wat precies onder zorgplicht moet worden verstaan. De ene zorgplicht is de andere niet. Men is geneigd bij zorgplichten direct te denken aan die welke gelden in de relatie tussen een effecteninstelling en haar cliënt, of voor de notaris, advocaat of accountant. Het begrip zorgplicht is evenwel veel ruimer. Tjin Tai definieert zorgplicht als een plicht tot handelen of nalaten ten behoeve van een of meer concrete belangen van een persoon of object.<sup>1</sup> Timmerman spreekt van een zorgplicht in iedere contractuele relatie, die evenwel weinig intens is in geval van gelijkwaardige partijen.<sup>2</sup> Tjin Tai stelt dat er een belangrijke categorie overeenkomsten is waarbij de schuldenaar tot een zwaardere of lichtere mate van zorg is verplicht voor de belangen van de schuldeiser. Dat geldt met name voor de categorie van inspanningsverplichtingen die is gericht op het behartigen van zekere belangen. Voor die categorie spreekt Tjin Tai van een onmiddellijke zorgplicht; de inspanning is genormeerd door de vereiste zorg.<sup>3</sup>

Hiervoor noemde ik al even de zorgplicht van de effecteninstelling als 'prototype' van zorgplicht. Van Baalen noemt als verklaring van de privaatrechtelijke zorgplicht van de effecteninstelling drie perspectieven: belangenbehartiging wat betreft vermogensbestanddelen, een vertrouwensrelatie inhoudende dat de wederpartij ervan mag uitgaan dat door de instelling in zijn belang wordt gehandeld, en de zwakkere positie van de cliënt van de effecteninstelling.<sup>4</sup> Bezieet men vanuit deze perspectieven de relatie tussen bestuurder en rechtspersoon, dan komt het element van de zorg en belangenbehartiging ook tot uiting in de karakterisering van de bestuurder als trustee; in de handboeken wordt naar voren gebracht dat de bestuurder een bewakersrol of trustee functie heeft voor de aan

1 Tjong Tjin Tai, *Zorgplichten en zorgethiek* (diss.) Deventer: Kluwer 2007, p. 97.

2 L. Timmerman, 'Situatieve gelijkheid in het (privaat)recht', *Ondernemingsrecht* 2008-9, in nr. 12.

3 Tjin Tai 2007, p. 108 e.v.

4 S.B. van Baalen, *Zorgplichten in de effectenhandel*, Deventer: Kluwer 2006, p. 114 e.v.

hem toevertrouwde belangen,<sup>5</sup> meestal het bestuur en beheer van de in de rechtspersoon ingebrachte (ondernemings)activiteiten en goederen. De gerechtvaardigdheid van de verwachting van de rechtspersoon dat door de bestuurder in haar belang wordt gehandeld, heb ik eerder beschreven.<sup>6</sup> De zwakkere positie van de rechtspersoon komt naar voren in het licht van de overmaat aan deskundigheid, informatie alsook faciliteiten bij de bestuurder.<sup>7</sup> Dat hangt samen met de centrale rol van het bestuur ter zake van alle beleidsvoorbereiding, -vaststelling en -uitvoering.<sup>8</sup> De ongelijkwaardigheid in de relatie tussen bestuurder en rechtspersoon, komt ook naar voren als men bedenkt dat het bestuur letterlijk het orgaan is van het lichaam rechtspersoon dat de wil van die persoon vormt alsook de aansturing van haar gedrag en handelingen,<sup>9</sup> met een hiërarchische ondergeschiktheid aan het bestuur van alle werknemers (met hun gezamenlijke kennis) van de rechtspersoon. Men zou kunnen zeggen dat het bestuur als het ware het brein, wilsvormend en sturend orgaan is van de rechtspersoon tot wie de bestuurder tezelfdertijd in een rechtsbetrekking staat.<sup>10</sup>

Aldus bezien kan men in de verhouding tussen een rechtspersoon en haar bestuurder ook spreken van een zorgplicht van de bestuurder; in de begripsvorming van Ting Tai is er wellicht sprake van een onmiddellijke zorgplicht.<sup>11</sup> Direct rijst de vraag waarom deze zorgplicht van de bestuurder, als zodanig niet veel vaker is geïdentificeerd. Het antwoord is m.i. dat de zorgplicht van de bestuurder is ingebakken in – en in grote mate samenvalt met – de wettelijke verplichting van de bestuurder tot behoorlijke taakvervulling, als neergelegd in artikel 2:9 BW.<sup>12</sup>

- 5 Zie voor de nv/bv Van der Heijden-Van der Grinten, Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap, nr. 231 en Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009, nr. 411 en 482. Overigens moet het begrip 'trustee' hier m.i. niet zozeer als een zuiver juridisch begrip worden opgevat; die kwalificatie kan nuttig zijn in een systeem waar een algemene redelijkheids- en billijkheidsnorm ontbreekt, maar voegt niet zo veel toe in ons juridisch systeem. Het gaat mij hier meer om het equivalent van rentmeesterfunctie.
- 6 Zie mijn dissertatie 'Corporate opportunities' (Deventer: Kluwer 1995), waarin wordt gesteld dat op de bestuurder het rechtsbeginsel van loyaliteit van toepassing is, omschreven als het uitgangspunt dat in verhoudingen waarbij de ene partij gerechtigd is te vertrouwen dat de andere partij in het belang van eerstgenoemde zal handelen, de andere partij daadwerkelijk zijn eigen belangen achterstelt bij de belangen waarvan de behartiging wordt verondersteld.
- 7 Zie over de betekenis van ongelijkheid tussen partijen in termen van kennis en deskundigheid ook C.C. van Dam over de bronnen van zorgplicht, in: Aansprakelijkheidsrecht, Den Haag 2000, p. 401 e.v.
- 8 Van Schilfgaarde-Winter, Van de BV en de NV, Deventer: Kluwer 2009, nr. 42.
- 9 Een en ander binnen de grenzen van het toezicht van een eventueel toezichthoudend orgaan en de bevoegdheden van een eventuele algemene vergadering.
- 10 Wederom met inachtneming van de in de vorige noot genoemde grenzen, alsook de regels en procedures die gelden voor besluitvorming in geval van tegenstrijdig belang, alsook voor de vaststelling van de remuneratie van de bestuurder.
- 11 Zie hiervoor. Ik vermeld hierbij dat Ting Tai ook een 'zwaardere' categorie van bijzonder zwaarwegende zorgplichten onderscheidt.
- 12 Artikel 2:9 luidt: 'Elke bestuurder is tegenover de rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak.'

Ik ga op die samenhang hierna verder in. Vanwege de nauwe verbondenheid met de norm van behoorlijke taakvervulling, zal ik in de verdere uitwerking van deze bijdrage vooral op die norm – die als zodanig een veel herkenbaarder plaats inneemt in het privaatrechtelijke rechtspersonenrecht – ingaan, met name toegepast op de verhouding van de bestuurder tot de kapitaalvennootschap, in het bijzonder de beursvennootschap. Daarbij wordt o.a. stilgestaan bij het open karakter van de norm van behoorlijke taakvervulling en de nadere invulling daarvan aan de hand van codes en guidelines, die de laatste jaren sterk op de voorgrond treden als normeringsinstrumenten. Bijzondere aandacht wordt gegeven aan de corporate governance code voor beursvennootschappen, de follow-up daarvan, en de status van de code-bepalingen in het gemene recht. Ten slotte wordt kort stilgestaan bij de overloop van interne en externe zorgplichten, gevolgd door enige afsluitende opmerkingen.

## 2 Samenhang zorgplicht met norm behoorlijke taakvervulling

De samenhang van de zorgplicht met de norm van behoorlijke taakvervulling van artikel 2:9 komt ook naar voren als men naar de achtergrond van beide normen kijkt. De zorgverplichting wordt in de literatuur afgeleid uit de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid.<sup>13</sup> Ook de norm van behoorlijke taakvervulling – als gedragsnorm – is te zien als een toepassing van de norm van redelijkheid en billijkheid, die voor de rechtspersonen van Boek 2 is neergelegd in de algemene bepaling van artikel 2:8.

De samenhang van de zorgplicht met de norm van behoorlijke taakvervulling komt ook naar voren als men beziet wat als maatman geldt voor de norm van artikel 2:9 en voor de *externe* zorgplicht van de bestuurders (die bijvoorbeeld geldt jegens crediteuren van de rechtspersoon).<sup>14</sup> De maatstaf voor de beoordeling of de bestuurder de intern binnen de vennootschap geldende norm van behoorlijke taakvervulling is nagekomen (de aansprakelijkheidsnorm) is gelijk aan die voor de beoordeling van de nakoming van de externe zorgplicht: voor beiden geldt als criterium of de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt, waarbij alle omstandigheden van het geval in aanmerking moeten worden genomen.<sup>15</sup> De invulling van het begrip ‘ernstig verwijt’ dient – in de woorden van Timmerman – contextbepaald plaats te vinden.<sup>16</sup> De context van een *externe* zorgplicht kan meebrengen dat de inhoud van het open begrip ernstig verwijt een andere inhoud

13 Zie Tjin Tai 2007, p. 102 en de daar genoemde literatuur.

14 Zie hierna par. 13.

15 De verhouding tussen de inhoud van de gedragsnorm en de aansprakelijkheidsnorm van art. 2:9 is niet geheel duidelijk. Eerder achtte de Hoge Raad onbehoorlijke taakvervulling zonder aansprakelijkheid/ernstige verwijtbaarheid mogelijk. Tegenwoordig lijkt een meer integrale benadering te worden gevolgd; zie Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009, nr. 448.

16 Zie de verhelderende bijdrage van Timmerman, ‘Naar een geïntegreerde bestuurdersaansprakelijkheid?’, in: P. Essers e.a., Met Recht (Raaijmakers-bundel), Deventer: Kluwer 2009, p. 481 e.v. Zie ook Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009, nr. 446 e.v.

heeft dan in geval van een *interne* zorgplicht.<sup>17</sup> Illustratief is voorts dat Tjin Tai de zorgplicht in zijn algemeenheid ook wel een *duty of care* noemt, een begrip dat vanouds in Anglo-Amerikaanse verhoudingen tezamen met de *duty of loyalty* als de kerntaak van de bestuurder van een vennootschap geldt, welke begrippen ook in ons rechtstelsel als kernverplichtingen voor de bestuurder worden genoemd.<sup>18</sup>

### 3 Geschiedenis en aard van de norm van behoorlijke taakvervulling

De norm van behoorlijke taakvervulling van de bestuurder is zonder discussie – met slechts enige wijzigingen – overgenomen uit het Wetboek van Koophandel (art. 47 c oud), welke bepaling op zijn beurt de tekst ontleende aan artikel 31 Wet op de Coöperatieve Verenigingen van 1925.<sup>19</sup> Als onderdeel van het algemeen deel van Boek 2, geldt het normvoorschrift van behoorlijke taakvervulling voor alle rechtspersonen die door Boek 2 worden beheerst, dat willen zeggen voor de nv, de bv, de stichting, de vereniging, coöperatieve vereniging en de onderlinge waarborgmaatschappij.<sup>20</sup> In het oorspronkelijke regeringsontwerp Vaststellingswet Boek 2, waren de aparte bepalingen – met gelijke strekking – opgenomen in de titel over de vereniging en de nv.<sup>21</sup> De verplaatsing naar het algemeen deel benadrukt de uniformiteit van de norm (wat niet gelijk is aan de uniforme toepassing in het concrete geval) voor de in Boek 2 geregelde rechtspersonen.<sup>22</sup>

De verplichting ex artikel 2:9 wordt gezien als een inspanningsverbintenis; een bepaald resultaat is niet gegarandeerd. De inspanningsverbintenis kent wel een zekere objectivering doordat aan de bestuurder de eis wordt gesteld dat hij beschikt over het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervuld.

- 17 In de Laurusbeschikking (HR 8 april 2005, NJ 2006, 443) wordt als maatstaf gehanteerd of de bestuurder is opgetreden als redelijk bekwame en redelijk handelende functionaris. Dit criterium wordt als aansprakelijkheidsnorm ook gehanteerd voor de curator en de vrije beroepsbeoefenaar; zie Timmerman (2008), in zijn voetnoot 31. Een gelijke maatstaf geldt voor de effecteninstelling; zie Van Baalen, a.w., p. 447. Voor deze functies neemt men in het algemeen versterkte zorgplichten aan; zie Tjin Tai 2007., hoofdstuk 6.
- 18 Zie L. Timmerman, 'Kroniek van het vennootschapsrecht, Kroniek van het vennootschapsrecht', NJB 1996 en meer recent B.F. Assink, 'Rechterlijke toetsing van bestuurlijk gedrag' (diss.), Deventer: Kluwer 2007, hoofdstuk 6.
- 19 Zie J.B. Huizink, Rechtspersonen, aantekening 1 bij artikel 9, en C.J. van Zeben (red.), Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 2, Rechtspersonen, Deventer/Antwerpen z.j., p. 138, 541 en 624. Zie omtrent de geschiedenis van art. 2:9: P.J. Dortmond, 'Misbruik van rechtspersonen', in: L. Timmerman e.a., Piercing Van Schilfgaarde, Deventer: Kluwer 1990, p. 13 e.v.
- 20 Dit wordt nog eens uitdrukkelijk bevestigd in de nota naar aanleiding van het verslag bij het voorontwerp Wet Bestuur en toezicht (TK 2008/09, 31 763, nr. 6, p. 18).
- 21 Huizink, t.a.p.
- 22 Voor de naar verwachting binnenkort in Titel 7.13 geregelde vennootschappen (de nieuwe regeling van de personenvennootschappen) geldt – met in begrip van de openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid – eveneens voor de bestuurder het voorschrift van 'een behoorlijke vervulling van zijn taak' volgens art. 809:2 van Wetsvoorstel Titel 7.13 (vennootschap).

#### 4 Adressant

Tot wie is het normvoorschrift gericht? De bepaling spreekt klip en klaar van ‘elke bestuurder’. De geadresseerde is derhalve elke individuele bestuurder. Het gaat daarbij om ‘de hem opgedragen taak’. Voor een nadere precisering van die taak is enerzijds van belang de algemene taak van het bestuur als orgaan. Daarover zegt de wet ten aanzien van de onderscheiden rechtspersoon, steeds als een mantra: ‘het bestuur is belast met het besturen van ...’, gevolgd door het type rechtspersoon in kwestie, met inbegrip van de toevoeging: ‘behoudens het bepaalde in de statuten’; zie artikel 2:44, 2:129/239 en 2:291.

Anderzijds is van belang de onderlinge taakverdeling *binnen* het bestuursorgaan, waartoe het verdere gedeelte van artikel 2:9 een bepaling bevat, alsook een disculpatiemogelijkheid in geval van aansprakelijkstelling.<sup>23</sup>

#### 5 Open norm

Het normvoorschrift van de behoorlijke taakvervulling wordt door Maeijer ‘niets bijzonders’ genoemd.<sup>24</sup> Toegegeven moet worden dat de aandacht voor de bepaling van artikel 2:9 van oudsher gericht is geweest op de daarin opgenomen aansprakelijkheidsregeling voor de bestuurder, aanvankelijk als een beperking van de aansprakelijkheidsregeling, maar sinds 1928 uitgebreid met de regeling van de hoofdelijke aansprakelijkheid van de individuele bestuurder.<sup>25</sup> Door de aansprakelijkheidsregeling raakt het normvoorschrift wellicht wat op de achtergrond. De concrete betekenis van het normvoorschrift blijft evenwel van belang, al is het maar omdat men pas aan de aansprakelijkheidsregeling toekomt indien schending van de norm aan de orde is.<sup>26</sup>

Het gaat bij de gedragsnorm van behoorlijke taakvervulling om een open norm, die daarmee niet aanstonds veel specifieke handvatten geeft. Dat de gedragsnorm van artikel 2:9 niet heel specifiek kan zijn hangt natuurlijk ook samen met dat de norm een onderdeel vormt van de Algemene Bepalingen van Boek 2, die op een breed scala van rechtspersonen betrekking hebben, ieder met hun eigen interne structuur en eigen omgeving waarin zij activiteiten ontplooiën. De structuur van de NV is geheel anders dan die van de stichting, bijvoorbeeld wat betreft toezicht

23 Krachtens schakelbepalingen is het bepaalde in art. 2:9 ook van toepassing is op de raad van commissarissen bij de NV/BV (art. 2:149/259) en die bij de coöperatie en de onderlinge waarborgmaatschappij (art. 2: 53a). Alhoewel de genoemde schakelbepalingen art. 2:9 (tezamen met andere bepalingen) van toepassing verklaren op het orgaan raad van commissarissen, en niet de individuele leden daarvan, meen ik dat het normvoorschrift voor iedere individuele commissaris geacht moet worden te gelden.

24 Asser-Maeijer 2-III, nr. 321.

25 Ook in de voorgestane wijziging van art. 2:9 in het voorontwerp van de Wet Bestuur en toezicht, in verband met het onderscheid tussen het monistische en dualistische bestuursmodel, blijft het normvoorschrift van de behoorlijke taakvervulling ongewijzigd; TK 2008/09, 31 763, nr. 2.

26 Zie ook mijn bijdrage: ‘De norm van behoorlijke taakvervulling en de trustee functie van het bestuur’, in: R.C.J. Galle en M.J.G.C. Raaijmakers, Na twintig jaar Boek 2 BW, Deventer: Kluwer 1996, p. 149 e.v.

en af te leggen verantwoording. Ook binnen hetzelfde type rechtspersoon kunnen er enorme verschillen zijn qua omgeving, markten en schaalgrootte. De omgeving van de bestuurder van de tennisvereniging verschilt nu eenmaal van die van de bestuurder van een grote omroepvereniging. Die van de bestuurder van een in een bv gedreven eenmansautorijsschool, van de omgeving waarin de bestuurder van de holding van een multinational werkzaam is.

Hierbij is ook van belang de dynamiek die veelal binnen de rechtspersoon speelt, in het bijzonder in het ondernemingsrecht. Timmerman noemt als een van de grondslagen van het ondernemingsrecht het beginsel dat binnen een vennootschap een veelheid van belangen wordt nagestreefd die tegen elkaar worden afgewogen.<sup>27</sup> Wat betreft de bestuurder betekent dit dat hij bij het vervullen van zijn taak met uiteenlopende belangen dient rekening te houden. Voor de bestuurder van de nv/bv geldt het richtsnoer dat hij zich dient te richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming.<sup>28</sup>

In het kader van deze bijdrage is ook te wijzen op het belang van de kapstokfunctie die het normvoorschrift biedt voor verkeersopvattingen, die de opennorminvulling geven.<sup>29</sup> Het gaat daarbij om een invulling van het opennormvoorschrift, alsook om een transformatie van de norm in nadere regels. Immers normen van goed bestuur dienen vertaald te worden in verplichtingen met betrekking tot openbaarmaking, besluitvorming, raadpleging, goedkeuring, verantwoording en controle, alsook tot inrichting van geëigende processen ter zake.<sup>30</sup>

Bij deze vertaling van de norm in nadere verplichtingen en procedures is met name te denken aan de corporate governance-discussie en de daaruit voortvloeiende regelgeving van het afgelopen decennium, in het bijzonder codes waarvan de *best practice*-bepalingen aangeven hoe meer breed gedragen principes van *good governance* in de praktijk kunnen worden toegepast.

## 6 Doel van de norm; verhouding tot algemene norm redelijkheid en billijkheid

Het doel van de norm van behoorlijke taakvervulling is om een goede taakuitoefening zeker te stellen, althans voor te schrijven. Geldt voor de norm van artikel 2:9 dat het een overbodige bepaling is in het licht van de algemeen geldende redelijkheid en billijkheidsnorm? Naar mijn mening is het van belang dat het normvoor-

27 L. Timmerman, 'Grondslagen van geldend ondernemingsrecht' (oratie) Erasmus Universiteit 2008, Ondernemingsrecht 2009-1, p. 4 e.v., op p. 6 e.v.

28 Voor de commissaris is dit neergelegd in art. 2:140/250 lid 2; het Wetsvoorstel Bestuur en toezicht voorziet in een expliciete bepaling voor het bestuur.

29 Vergelijk Timmerman die in verband met o.a. art. 2:9 stelt dat het aardige is van dit soort open normen dat zij ingevuld kunnen worden met behulp van maatschappelijke opvattingen, waaronder ethische opvattingen; L. Timmerman, 'Gedragsrecht, belangenpluralisme en vereenvoudiging van de vennootschapsrecht', Ondernemingsrecht 2005-1, p. 2 e.v., op p. 5.

30 Vergelijk in dit verband Teubner, 'Corporate Fiduciary Duties and Their Beneficiaries', in: K.J. Hopt/G. Teubner, *Corporate Governance and Director's Liabilities*, Berlijn: Walter de Gruyter 1985, p. 167.



schrift van behoorlijke taakvervulling expliciet in Boek 2 is opgenomen om daarmee buiten twijfel te stellen dat deze norm in de (rechtspersonenrechtelijke) rechtsbetrekking tussen bestuurder en vennootschap geldt.<sup>31</sup> Voorts gaat het in het algemeen bij de norm van redelijkheid en billijkheid om de geïndividualiseerde situatie,<sup>32</sup> terwijl er bij artikel 2:9 – zo wordt algemeen aangenomen – sprake is van een zekere objectivering.<sup>33</sup>

Het belang van de bepaling van artikel 2:9 is ook daarin gelegen dat deze toegespitst is op de taakuitoefening van het bestuur en daaraan een ondergrens stelt.<sup>34</sup> Het blijft een open norm, maar wel een die is toegespitst op een bepaald type rechtsbetrekking en functie.

## 7 Nadere invulling van de norm: codes en guidelines

Het open karakter van de norm van de behoorlijke taakvervulling brengt met zich dat de nadere invulling daarvan bepaald wordt door de omstandigheden van het concrete geval. Daarbij kan een aantal categorieën van gevallen worden onderscheiden, bijvoorbeeld aan de hand van de karakteristieken van de rechtspersoon zelf, de sector waarin zij opereert of anderszins de aard van haar activiteiten. Voorbeelden van categorieën zijn de beursvennootschap, het equity-fonds, het hedgefonds, financiële instellingen, rechtspersonen actief in de zorgsector of in de kunsten.

Binnen de hiervoor bedoelde afzonderlijke categorieën bestaat een behoefte aan een nadere invulling van wat binnen die categorie als behoorlijk bestuur geacht kan worden te gelden. Dit leidt ertoe dat vanuit verschillende initiatieven en achtergronden regels en guidelines zijn opgesteld en geproclameerd voor het bestuur van de rechtspersonen in kwestie.

Als een van de eerste initiatieven – in internationaal verband bezien – van de laatste decennia kan worden genoemd het in 1982 door het American Law Institute als conceptdocument gepubliceerde ‘Principles of corporate governance and structure: restatement and recommendations’.<sup>35</sup>

Meer toegespitst op beursondernemingen is – als antwoord op druk van de overheid na de *corporate scandals* in de jaren 1980-1990 – in eerste instantie in het

31 Naar analogie van wat Rood betoogt voor het voor de werknemer geldende normvoorschrift; M. Rood, ‘Over de goede werkgever en de goede werknemer’, SMA 1982, p. 498 e.v.

32 Ook omdat krachtens art. 3:12 bij de vaststelling van hetgeen de billijkheid vordert o.a. met de persoonlijke belangen die bij het gegeven geval zijn betrokken rekening moet worden gehouden.

33 Huizink, a.w., aantekening 4 bij artikel 9, Van Schilfgaarde–Winter, p. 148. Wat betreft die objectivering moet direct worden aangetekend dat ingevolge de jurisprudentie van de Hoge Raad rekening wordt gehouden met alle omstandigheden van het geval.

34 In het pleidooi van Assink om de ondergrens van persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder ex art. 2:9 BW te leggen bij – in zijn woorden – ‘normschendend gedrag jegens de vennootschap waarvan de bestuurder schuld treft (kortom: bij “onbehoorlijke taakvervulling”)', komt ook in de bewoording de relatie met het normvoorschrift sterk naar voren; Assink 2007, p. 615 e.v.

35 Bij de volgende concepten alsmede de finale versie in 1994 is het woord ‘restatement’ uit de naam weggelaten; die aanduiding zou te veel de indruk wekken dat het document in zijn geheel het geldend recht zou pretenderen weer te geven.



Verenigd Koninkrijk<sup>36</sup> en daarna in andere Europese landen corporate governance codes ontwikkeld voor beursvennootschappen.

Het begrip 'corporate governance' duidt kort gezegd op het geheel van verdeling van bevoegdheden binnen de rechtspersoon en de wijze en inhoud van de verantwoording die door bestuurs- en toezichtorganen wordt afgelegd. Die ontwikkeling leidt in Nederland in 2003 tot de instelling van de commissie-Tabaksblat, die in december van dat jaar komt met de zogenaamde Nederlandse corporate governance code (ook wel code-Tabaksblat genoemd).<sup>37</sup> De code<sup>38</sup> is te zien als een onder druk van de overheid tot stand gekomen vorm van zelfregulering.<sup>39</sup> De code is niet vrijblijvend of onvoorwaardelijk. De code krijgt een wettelijke basis die erin bestaat dat in artikel 2:391 BW beursgenoteerde vennootschappen worden verplicht elk jaar in het jaarverslag gemotiveerd uit te leggen of, en zo ja waarom en in hoeverre, zij afwijken van de best practice-bepalingen van de code.<sup>40</sup>

Deze systematiek van *comply or explain* is in lijn met het actieplan van de Europese Commissie van mei 2003, zulks in navolging van de aanbeveling ter zake in het rapport van de High Level Group of Company Law Experts in 2002, onder voorzitterschap van Jaap Winter.

## 8 Code als normeringsinstrument<sup>41</sup>

De aandacht en brede acceptatie van de code-Tabaksblat voor beursvennootschappen lijkt een extra stimulans te zijn om ook in andere sectoren tot enige vorm van zelfregulering te komen.

Voor de zorgsector is in 2005 door de (Werkgroep Zorgbrede Governancecode van de) gezamenlijke brancheorganisaties in de zorg voor eigen leden de Zorgbrede Governancecode opgesteld. Krachtens artikel 4.4 is afwijking van de code mogelijk via het 'pas toe of leg uit'-beginsel. Naleving van deze code geldt als lidmaatschapverplichting voor de aangesloten brancheorganisaties, die ook sancties kunnen opleggen.

36 In 1992 de Cadbury Code gevolgd door het Turnbull-, Greenbury- and Higgs-rapport, die vervolgens werden gebundeld in de door de overheid goedgekeurde Combined Codes van de Londense beurs; zie Pitlo-Raaijmakers, p. 323.

37 De code is – zoals in de preambule van het rapport van de commissie wordt gesteld – 'opgesteld op verzoek van' verschillende marktpartijen, waaronder de beurs, de Vereniging van Effectenbezitters, de Vereniging van Effecten Uitgevende Ondernemingen en VNO-NCW, 'en op uitnodiging van de Ministers van Financiën en EZ'. Zie over de totstandkoming van de code en de achtergrond daarvan, ook in internationale context, M.J.G.C. Raaijmakers, 'Kwalificatie en dynamiek in het ondernemingsrecht', in: J.B.M. Franken en I. Giessen (red.), Kwalificatie en dynamiek, Den Haag: 2004, p. 99 e.v.

38 De code is te vinden op <www.corpgov.nl>.

39 Zie Raaijmakers t.a.p.

40 Zie J.B.W. Huizink, A.J.M. Klein Wassink en S.E. Zijlstra, 'De Nederlandse Corporate Governance Code in de wet', NJB 2004, p. 425 e.v.

41 Met dank aan Soroush Aazami voor zijn voorwerk verricht voor deze paragraaf, alsook voor par. 12.

De cultuursector is 2007 verrijkt door de Code Cultureel Governance, ontwikkelt door de Stichting Kunst en Zaken op verzoek van het ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap. Ook hier is afwijking van de code op grond van het pas toe of leg uit-beginsel mogelijk.

Voor woningcorporaties geldt de Governancecode Woningcorporaties van 2007. Ook hier geldt het pas toe of leg uit-beginsel.

De publieke omroep kent sinds 2005 de Richtlijnen en Regelingen Goed Bestuur en Integriteit – Publieke Omroep. Ook hier geldt de pas toe of leg uit-regel.

Goededoelenorganisaties die lid zijn van de Vereniging Fondsenwervende Instellingen, de brancheorganisatie van landelijk wervende goededoelenorganisaties kennen de Code Goed Bestuur voor Goede Doelen uit 2005. Ook hier geldt het pas toe of leg uit-principe, in verplichtende zin voor leden van genoemde vereniging.

Per 1 januari 2010 is in werking getreden de Code Banken, die zich richt op een versterking van de governance binnen banken, risicomanagement en het beloningsbeleid.

Voor de pensioensector zijn door de Stichting van de Arbeid in 2005 de Principes voor Goed Pensioenfondsbetuur opgesteld. Opvallend is dat deze code geen pas toe of leg uit-regel kent, maar dat krachtens de sinds januari 2008 geldende Pensioenwet de toepassing van alle principes dwingend is voorgeschreven.

Terzijde noem ik voor de publieke sector de Code Goed Bestuur Uitvoeringsorganisaties uit 2004 die geldt voor uitvoeringsorganisaties zoals het kadaster, IBG, RDW, en Sociale Verzekeringsbank. Ook hier geldt het pas toe of leg uit-principe.

In de onderwijssector geldt voor het middelbaar beroepsonderwijs en de volwasseneneducatie de Code Goed Bestuur in de BVE-sector uit 2009. Ook hier geldt het pas toe of leg uit-beginsel.

Voor het hbo-onderwijs geldt de Branchecode Governance van de HBO-raad uit 2006, eveneens op grond van het pas toe of leg uit-beginsel.

Hier wordt volstaan met een korte verwijzing naar dit brede spectrum van codes,<sup>42</sup> en wordt niet nader ingegaan op de relatie hiervan tot de norm van behoorlijke taakvervulling van de bestuurder van de rechtspersoon, voor zover er in genoemde sectoren al sprake is van de in Boek 2 geregelde rechtspersonen.

42 Naast de verschillende codes is te wijzen op allerlei minder breed gedragen initiatieven tot normering, althans beïnvloeding, van onder andere behoorlijk bestuur. Daarin bestaat een relatief grote variëteit; ik noem – toegespitst op beursvennootschappen – als voorbeeld de jaarlijkse Speerpuntenbrief van Eumedion, een Nederlandse organisatie van institutionele beleggers. De Speerpuntenbrief beoogt belangrijke onderwerpen, en de wensen van Eumedion daaromtrent, onder de aandacht van de beursgenoteerde ondernemingen te brengen, welke onderwerpen de bij Eumedion aangesloten institutionele beleggers in de verschillende aandeelhoudersvergaderingen aan de orde kunnen stellen. Een ander voorbeeld is de zogenaamde Overnamecode van de Vereniging van Effectenbezitters uit 2008 die ‘tien overnamegeboden’ formuleert. Het betreft hier – in de woorden van het document – een aanvullende code die de VEB voorstelt met betrekking tot het overnameproces in aanvulling op de wettelijke regels en de corporate governance code. Deze overnamecode is m.i. te beschouwen als een wensenlijst van de VEB, welke wensen eventueel kunnen worden meegewogen in de beoordeling van de wenselijkheid en invulling van nieuwe codes of wettelijke regels.

In het hiernavolgende zal ik mij met name toespitsen op de zorgplicht van de bestuurder in de situatie van een beursvennootschap, en de vraag naar de invloed daarop van de corporate governance code.

## 9 Follow-up corporate governance code

De in december 2003 door de commissie-Tabaksblat uitgebrachte code is voor beursvennootschappen in werking getreden vanaf het boekjaar beginnend op 1 januari 2004. In december 2004 heeft de ministerie van Financiën – mede namens de Minister van Justitie en de Staatssecretaris van Economische Zaken – de Monitoring Commissie Corporate Governance ingesteld, met als taak de actualiteit en bruikbaarheid van de code te bevorderen en de naleving ervan te monitoren. In december 2005, december 2006 en december 2007 heeft de Monitoring Commissie nalevingsrapporten uitgebracht. De naleving (*comply or explain*) door beursvennootschappen, is van 92% in 2005 (over het boekjaar 2004) gestegen naar 95% in 2007 (over het boekjaar 2006) en de toepassing van 87% naar 90%. Dit laatste betekent dat gemiddeld 90% van de codebepalingen daadwerkelijk wordt toegepast, ook al bestaat de mogelijkheid om hiervan af te wijken; dit percentage is bijzonder hoog te noemen.<sup>43</sup>

In juni 2008 heeft de Monitoring Commissie een rapport uitgebracht over de evaluatie en actualisering van de corporate governance code.<sup>44</sup> Tezelfdertijd zijn – zulks naar aanleiding van het verzoek van de initiatiefnemende organisaties van de code en het verzoek van de vakbeweging – voorstellen tot aanpassing van de code gedaan en ter consultatie aan de markt voorgelegd. Een en ander heeft geresulteerd in een aangepaste code, door de Monitoring Commissie gepubliceerd in december 2008,<sup>45</sup> die in werking treedt met ingang van het boekjaar beginnend op 1 januari 2009. Daarbij wordt aanbevolen dat beursvennootschappen hun corporate governance-paragraaf over de naleving van de aangepaste code ter bespreking voorleggen in de aandeelhoudersvergadering in 2010.<sup>46</sup>

## 10 Comply or explain: toetsing uitleg

Vermeldenswaard is dat de Monitoring Commissie sinds 2006 ook de kwaliteit van de uitleg (in geval van niet-toepassing van een best practice-bepaling van de

43 Aangetekend zij dat de niet-toepassing en de niet-naleving verhoudingsgewijs groot is bij kleinere fondsen en bij Nederlandse vennootschappen met een hoofdnoteringsaan een buitenlandse beurs; met name bij deze laatste categorie zal een binding met de Nederlandse kapitaalmarkt en hier ter lande levende opvattingen over corporate governance veelal niet zo sterk worden ervaren.

44 Alle door de Monitoring Commissie uitgebrachte rapporten en adviezen zijn te vinden op <www.corpgov.nl>.

45 Eveneens te vinden op <www.corpgov.nl>.

46 De nieuwe code is inmiddels aangewezen als gedragscode bedoeld in art. 391 lid 4 Boek 2 BW, over de toepassing waarvan de beursvennootschap mededeling doet in haar jaarverslag.

code) heeft gemonitord, in termen van begrijpelijkheid, controleerbaarheid, legitimiteit en plausibiliteit.<sup>47</sup>

In de evaluatie in haar rapport van juni 2008 wordt gesproken van een toegenomen standaardisering van de uitleg.<sup>48</sup> Men ziet de zorg van de Monitoring Commissie over de toereikendheid van de uitleg terugkomen in de toevoeging van het woord 'zorgvuldig', in de zinsnede in de Preamble (nummer 4) van de nieuwe code dat de vennootschap 'zorgvuldig gemotiveerd uiteen (zet) waarom een bepaling niet is toegepast'. Aannemelijk is dat de nieuw benoemde Monitoring Commissie eveneens aandacht aan de kwaliteit van de uitleg zal geven. Ook het kabinet gaat er in zijn reactie van uit 'dat de nieuwe Monitoring Commissie in haar rapportage meer aandacht zal geven aan de kwalitatieve aspecten en uniciteit van de gegeven motivering'.<sup>49</sup>

Hierbij past een waarschuwing. Het is immers aan aandeelhouders om het bestuur en de raad van commissarissen over de uitleg ter verantwoording te roepen. Dit komt ook terug in Principe 1 van de code: 'Aandeelhouders nemen zorgvuldig kennis en maken een grondig beoordeling van de redengeving van eventuele afwijkingen van de best practice-bepalingen.' De preamble van de oorspronkelijke code gaat daarbij in nummer 8 uitvoerig in op welke rechten aandeelhouders ter beschikking staan (in en buiten de aandeelhoudersvergadering) indien de discussie over de niet-toepassing van codebepalingen in een impasse zou raken.

De grens tussen enerzijds de vaststelling of er *überhaupt* sprake is van een daadwerkelijke uitleg en anderzijds de beoordeling van de *inhoud* daarvan, zal niet altijd even duidelijk zijn, maar dient wel scherp in de gaten te worden gehouden. Immers, het laatste onderdeel is voorbehouden aan het oordeel van aandeelhouders; het eerste betreft een kwestie ter monitoring door de Monitoring Commissie en is – in extreme gevallen – mogelijk een kwestie van niet-naleving van de wettelijke plicht tot uitleg, op welke naleving de Autoriteit Financiële Markten toezicht houdt.<sup>50</sup>

47 Onder legitimiteit wordt daarbij begrepen of de gegeven uitleg als een legitieme uitleg wordt beschouwd voor het niet-naleven van de bepaling, zonder daarbij rekening te houden met de specifieke kenmerken van de vennootschap. Onder plausibiliteit wordt verstaan in hoeverre de gegeven uitleg als plausibel voor de betrokken vennootschap wordt geacht, waarbij wel rekening wordt gehouden met bepaalde kenmerken van de vennootschap. Zie het rapport van 2006, p. 26.

48 De commissie wijst op de relatief vaak voorkomende uitleg dat in plaats van de code een eigen regeling wordt gehanteerd, en stelt dat wanneer de vennootschap dit niet nader motiveert, naar mening van de commissie onvoldoende uitleg wordt gegeven; toegelicht dient te worden waarom men een eigen regeling hanteert.

49 Zie de kabinetsreactie op de herziene corporate governance code, als neergelegd in de brief van 25 mei 2009 van de Minister van Financiën, p. 11.

50 De Monitoring Commissie lijkt zich in haar rapport van december 2006 van dit spanningsveld bewust, waar ten aanzien van de gehanteerde beoordelingscriteria legitimiteit en plausibiliteit wordt opgemerkt: 'dit is een subjectieve dimensie; de uitkomsten zijn alleen indicatief van aard'; p. 28 en 29.

## 11 Verhouding code tot norm voor individuele bestuurder

De corporate governance code bevat regels over behoorlijk bestuur. Dat doet vragen rijzen over hoe de code zich verhoudt tot de zorgplicht van de bestuurder. Een eerste vraag daarbij is de verhouding van de code tot de gedragsnorm voor de individuele bestuurder. Immers, de bepalingen van de code richten zich tot de vennootschap en het is de nv (en niet de individuele bestuurder) die bepaalt in welke mate zij die bepalingen toepast; dit wordt door vennootschap aangegeven in de corporate governance-paragraaf van haar jaarverslag.<sup>51</sup> Welke invloed heeft dit (in het bijzonder met betrekking tot de best practice-bepalingen van de code die zien op het bestuur) op de norm van behoorlijk bestuur die voor iedere individuele bestuurder geldt? Werkt de positiebepaling van de rechtspersoon ten aanzien van de best practices die ze toepast door in de invulling van de voor de bestuurder geldende zorgvuldigheidsnorm? Het antwoord luidt m.i. zonder meer bevestigend. Zoals eerder gezegd, is bij de invulling van de norm van artikel 2:9 sprake van een zekere objectivering van de norm, maar bij die objectivering moet rekening worden gehouden met alle omstandigheden van het geval. Daartoe horen zeker ook de omstandigheden die binnen de rechtspersoon gelden. In het bijzonder ook richtlijnen die binnen de rechtspersoon gelden.<sup>52</sup>

Daarbij is niet alleen te denken aan de best practice-bepalingen die de onderneming verklaart na te volgen, maar ook op de wijze waarop zij die implementeert. Ik denk daarbij aan interne regelgeving die de rechtspersoon invoert ter uitvoering van best practice-bepalingen; hetzelfde geldt voor interne regelingen ter uitvoering of ter zekerstelling van de naleving van wettelijke regelgeving. Een voorbeeld van het eerste is de regeling met betrekking tot tegenstrijdig belang (ter uitvoering van best practice-bepaling II.2.6). Een voorbeeld van een interne regel met betrekking tot wettelijke regelgeving is een *code of conduct* in verband met *insider information* en transacties in effecten in de eigen vennootschap. Ook andere integriteitregels die de rechtspersoon intern uitvaardigt zullen invulling geven aan de voor de individuele bestuurder geldende zorgvuldigheidsnorm.

Daarbij zal in het algemeen gelden dat behoorlijk bestuur meebrengt dat de bestuurder zich in zijn gedrag bewust toont van de voorbeeldfunctie die hij vervult, in het bijzonder wat betreft naleving van toepasselijke regelgeving.

51 Hierbij past de nuancering dat het bestuur en de raad van commissarissen verantwoordelijk zijn voor de naleving van de codebepalingen (aldus Principe I van de code), en daarover verantwoording afleggen aan de algemene vergadering van aandeelhouders (AvA). In zekere mate past hier ook de in par. 1 gemaakte opmerking dat de wil van de vennootschap in grote mate wordt bepaald door het bestuur.

52 Zie Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009, nr. 446. Zie ook Timmerman in voornoemde bijdrage in de Raaijmakers-bundel. Anders dan Timmerman (p. 484), komt het mij voor dat het niet nodig is dat de bestuurder zijn instemming geeft aan de richtlijnen. Denk bijvoorbeeld aan de situatie dat de betrokken bestuurder in de besluitvorming wordt overruled door de overige bestuursleden en/of de raad van commissarissen bij het opstellen van regels van corporate governance, of in geval van nieuwe statutaire regelingen waartoe door de aandeelhoudersvergadering is besloten; dan geldt voor de onwillende bestuurder slechts het adagium 'take it or leave it' (lees daarbij 'it' als 'de vennootschap').

## 12 Status van codebepalingen in het gemene recht

Wanneer we spreken over de vraag naar de verhouding van de code tot de norm van behoorlijk bestuur, komt ook naar voren de invloed van de code op de zorgplicht, ook indien de beursvennootschap ervoor kiest bepaalde best practice-bepalingen niet toe te passen (met uitleg). Is er sprake van een zekere reflexwerking van de codebepalingen op de invulling van het begrip behoorlijk bestuur? In de ABN Amro beschikking spreekt de Hoge Raad van ‘de in Nederland heersende algemene rechtsovertuiging zoals deze ondermeer tot uiting komt in de Nederlandse Corporate Governance Code (...) in het bijzonder de Principes II en IV [de principes inzake de taak- en werkwijze van het bestuur en de bevoegdheden van de AvA; A.V.] welke rechtsovertuiging mede inhoud geeft aan ...’, de bepaling van artikel 2:8 BW inzake redelijkheid en billijkheid en die van artikel 2:9.

Hieruit kan worden opgemaakt dat in de visie van de Hoge Raad de code een weergave is van de in Nederland heersende algemene rechtsovertuiging, en aldus kan worden gebruikt om de open normen van artikel 2:8 en 2:9 in te vullen. Daarmee lijkt de Hoge Raad te stellen dat de code een codificatie is van de in Nederland levende rechtsovertuigingen. Voorts lijkt de Hoge Raad daarin geen duidelijk onderscheid te maken tussen principes en best practice-bepalingen. De zinsnede ‘... in het bijzonder de Principes II en IV ...’, lijkt eerder toegespitst op het onderhavige geval. Dit is opmerkelijk omdat in de code zelf wel een duidelijk onderscheid wordt gemaakt. Ten aanzien van de principes wordt gezegd (in de preambule van de code van 2003) dat deze kunnen worden opgevat als moderne, en inmiddels breed gedragen, algemene opvattingen over goede corporate governance. De principes zijn doorgaans zo algemeen geformuleerd, dat zulks meestal ook kan worden aangenomen.<sup>53</sup> De best practice-bepalingen hebben – volgens diezelfde preambule – een ander karakter. Zij kunnen worden opgevat ‘als nadere invulling van de algemene beginselen van een goede corporate governance’. Daarbij wordt echter uitdrukkelijk opgemerkt dat vennootschappen hiervan kunnen afwijken: ‘afwijkingen zijn op zich niet verwerpelijk; zij kunnen onder omstandigheden juist gerechtvaardigd zijn’. Voorts wordt vermeld dat het kunnen toepassen van de bepalingen afhankelijk is van de concrete omstandigheden waarin de vennootschap en haar aandeelhouders zich bevinden.<sup>54, 55</sup>

53 Overigens lijkt deze kwalificatie van principes in een aantal gevallen veel te sterk. Zo was de bepaling in Principe II.2, dat de ontslagvergoeding voor een bestuurder niet meer dan eenmaal het jaarsalaris betreft, in ieder geval ten tijde van de vaststelling van de code bepaald een heikel punt, de invoering waarvan in de praktijk in vele gevallen ook voeten in aarde heeft gehad.

54 Overigens geeft de Hoge Raad aan dat er in bepaalde categorieën regels zijn die – mede in verband met de rechtszekerheid – niet alleen op grond van regels van ongeschreven recht kunnen worden aangevuld, maar alleen op grond van rechtsgronden die uit de wet of statuten voor derden bekend hadden kunnen zijn.

55 In de Versatel III-beschikking van de Hoge Raad (HR 14 september 2007, NJ 2007, 612) sanctioneert de HR de beslissing van de Ondernemingskamer waarbij Versatel wordt verboden af te wijken van bepaalde bepalingen uit de code. Het gaat hier evenwel om een ordemaatregel voor de duur van het geding waartoe de Ondernemingskamer onder het enquêterecht kan besluiten; zie ook AG Timmerman onder nr. 4.13 van zijn conclusie.

Maeijer wijst erop dat bij het Koninklijk Besluit van 23 december 2004 tot aanwijzing van de code als code in de zin van artikel 2:391 over de toepassing waarvan de beursvennootschap zich expliciet moet uitlaten, uitdrukkelijk is bepaald dat de code er niet is om rechtsregels te ontwerpen en de gebondenheid en de daarin vervatte normen wordt bepaald door de geadresseerden van de norm.<sup>56</sup>

In dit verband herinner ik eraan dat de mogelijkheid tot afwijking van een best practice-bepaling in de nieuwe code van december 2008 extra wordt benadrukt, niet alleen in de preambule, maar ook in de code zelf. Zo wordt in de nieuwe code in Principe I gesteld dat aandeelhouders bereid zijn een dialoog aan te gaan, indien zij de uitleg van de vennootschap niet aanvaarden, gevolg door het volgende: 'uitgangspunt is de erkenning dat corporate governance een kwestie van maatwerk is en dat afwijkingen van individuele bepalingen door een vennootschap gerechtvaardigd kunnen zijn'. Daarmee is de mogelijkheid tot afwijking, en de gerechtvaardigheid daarvan, uitdrukkelijk in een principe vastgelegd en daarmee 'verheven' tot een 'breed gedragen algemene opvatting over goede corporate governance'. Ik zou dan ook menen dat de vandaag de dag in Nederland heersende algemene rechtsovertuiging mede omvat dat met uitleg van codebepalingen kan worden afgeweken. Dat betekent dat een best practice-bepaling uit de code op zichzelf niet reeds gekwalificeerd kan worden als behorend tot de in Nederland heersende rechtsovertuiging. Het enkele feit dat een regel als best practice-bepaling in de code is opgenomen is daartoe niet voldoende. Wel kan het zo zijn dat een regel die (ook) in een best practice-bepaling is opgenomen zo gemeengoed is geworden, dat ze tot een rechtsovertuiging is gaan behoren. Het feit dat de bepaling in de code is vervat, alsook de mate van toepassing, kán daartoe bijdragen.<sup>57</sup>

### 13 Overloop van interne en externe (zorg)plichten

In paragraaf 5 is erop gewezen dat binnen de vennootschap een veelheid van belangen samenkomt die door het bestuur tegen elkaar moeten worden afgewogen. De grens van de daarbij voor erkenning in aanmerking komende belangen valt evenwel niet noodzakelijkerwijs samen met de grenzen van de vennootschap. Belangwekkend is wat Timmermans schrijft over *externe* zorgplichten. Een zekere mate van zorg dient betracht te worden door de vennootschap en haar bestuurder jegens anderen die zich in de nabijheid van de vennootschap bevinden, zonder dat die deel uitmaken van de vennootschap. Bij gebreke van die zorg handelen vennootschap en bestuurder onrechtmatig jegens die derden; te denken is bijvoorbeeld aan schuldeisers. De maatstaf – zo vervolgt Timmerman – voor de beoordeling of de bestuurder de intern binnen de vennootschap geldende norm van

56 In zijn noot bij de Versatel III-beschikking in NJ 2007, 612.

57 Vgl. Jaap Winter, 'In Nederland aanvaarde inzichten omtrent corporate governance', in: LT (Timmerman-bundel), Deventer: Kluwer 2003, p. 331 e.v.



behoorlijke taakvervulling is nagekomen, is gelijk aan die voor de beoordeling van de nakoming van de externe zorgplicht.<sup>58</sup>

De interne zorgplicht bestaande uit de norm van behoorlijk bestuur, loopt dus over in de externe zorgplicht ten opzichte van derden in de nabijheid van de vennootschap, met (soort)gelijke maatstaven voor de beoordeling van de nakoming hiervan.

Men kan deze externe zorgplichten naar mijn mening ook zien als een extern uitvloeisel van het – voor de bestuurder en commissaris geldende – richtsnoer van het vennootschappelijk belang, dat een pluriformiteit van belangen in zich bergt, ook als men ervan uitgaat dat daarin het aandeelhouderbelang in toenemende mate een sterker accent krijgt.<sup>59</sup> Het uitvloeisel bestaat dan hierin dat diegenen – ook externen – wier belangen daarin niet op een behoorlijke wijze zijn mee- en afgewogen, rechtens rechtstreeks tekort zijn gedaan en ter zake mogelijk een schadeactie kunnen instellen. Ook aldus bezien is het juist dat zowel voor de interne als externe belanghebbenden bij die plicht tot behoorlijke behartiging door de bestuurder van de uiteenlopende belangen die samenkomen in het vennootschappelijk belang, in hun verhouding tot de bestuurder eenzelfde set van normen en maatstaven geldt.

## 14 Afsluitende opmerkingen

In de verhouding tussen een rechtspersoon en haar bestuurder kan men spreken van een zorgplicht van de bestuurder. Die zorgplicht is ingebakken in de wettelijke verplichting van de bestuurder tot behoorlijke taakvervulling; tussen beide normen bestaat een nauwe samenhang. De norm van behoorlijke taakvervulling neemt als zodanig evenwel een veel herkenbaarder plaats in in het privaatrechtelijke rechtspersonenrecht.

De norm van behoorlijke taakvervulling is van toepassing is op een brede range van rechtspersonen in een zeer breed scala van omstandigheden. Daarmee kan de norm niet anders zijn dan een algemene bepaling met een open karakter. Voorts spelen binnen de rechtspersoon, in het bijzonder in het ondernemingsrecht, een veelheid van belangen. Het is de taak van het bestuur die op een juiste wijze tegen elkaar af te wegen. Voor de bestuurder van de nv en bv geldt het richtsnoer om zich daarbij te richten op het vennootschappelijk belang, dat een pluriformiteit van in de vennootschap samenkomende belangen in zich bergt; daarbij kunnen ook externe zorgplichten jegens derden buiten de vennootschap aan de orde komen.

58 Timmerman (2008), p. 7 en 8. Timmerman schrijft hierover tegen de achtergrond van wat hij noemt het doorsijpelen in het vennootschapsrecht van de in het algemeen privaatrecht ontwikkelde idee van zorgplichten. Zie ook voornoemde bijdrage van Timmerman in de Raaijmakers-bundel.

59 Zie ook Asser-Maeijer 2-III, nr. 293. Enigszins anders Timmerman die het aldus formuleert, dat de tendens tot overwicht van het aandeelhoudersbelang wordt doorkruist door de meerzinnigheid van dit belang en de in gewicht toenemende zorgplichten; p. 8.

Ook aldus gezien is een behoorlijk bestuur van de vennootschap geen op voorhand eenduidige taak, waarvoor zich ook niet gemakkelijk specifieke dwingende regels laten stellen. Tezelfdertijd zien we in de praktijk allerlei initiatieven om *do's and don'ts* voor bepaalde sectoren op papier te zetten in de vorm van aanbevelingen en best practices. Veelal worden deze practices niet dwingend voorgeschreven, maar beperkt men zich tot de verplichting dat de rechtspersoon zich omtrent de naleving en toepassing van de aanbevelingen dient uit te spreken, met redengeving ingeval een specifieke bepaling niet wordt toegepast.

Het meest bekend is wellicht de corporate governance code voor beursvennootschappen, die o.a. regels bevat voor de inrichting en vormgeving van het bestuur, alsook voor het toezicht door de raad van commissarissen, en voor transparantie alsook verantwoording af te leggen aan de algemene vergadering van aandeelhouders. De keuzes van bestuur en commissarissen over de toepassing van de code bepalingen blijken uit de governanceparagraaf in het jaarverslag, als onderdeel van de bredere verantwoording die door beide organen aan de aandeelhoudersvergadering wordt afgelegd.

Het succes van deze code is af te lezen aan de nalevings- en toepassingscijfers, alsook aan feit dat deze vorm van (quasizelf)regulering in een veelheid van andere sectoren is toegepast.

In het bestek van deze bijdrage komt naar voren de vraag hoe in het bijzonder de corporate governance code zich verhoudt tot de norm van artikel 2:9. Een regel die in een best practice-bepaling is opgenomen kan zo gemeengoed zijn, of na verloop van tijd worden, dat die regel tot de hier ten lande geldende rechtsovertuiging gaat behoren. Echter, het enkele feit dat een regel als best practice-bepaling in de code is opgenomen is daartoe niet voldoende. Daartegen verzet zich de opzet van de code zoals ook verwoord in Principe I, alsook de expliciete uitlatingen die de wetgever hierover heeft gedaan. Het is wel van belang dit onderscheid goed in de gaten te houden. Ondertussen geven de bepalingen van de code aan de bestuurder zelf wel enige richting over wat in het algemeen als goede bestuursprocessen en -uitoefening wordt gezien, hetgeen het bestuur (alsook de raad van commissarissen) noopt tot nadenken en het maken van keuzes over de geëigendheid hiervan voor de betrokken vennootschap gezien haar inrichting en de omgeving waarin zij opereert. Door de verantwoording die hierover aan aandeelhouders wordt afgelegd en de dialoog die daarover aldus kan ontstaan, krijgt de bestuurder wel meer feitelijke handvatten om aan de bestuursprocessen welbewust een specifieke invulling te geven.

Deze conclusies zijn naar mijn overtuiging niet anders als men spreekt in termen van zorgplichten. Zorgplichten van de bestuurder in zijn relatie tot de rechtspersoon gaan niet verder dan waartoe hij reeds op grond van de norm van behoorlijk bestuur is gehouden. Wat dat betreft is er sprake van een samenval van beide normen. Heeft de onderkenning van de zorgplicht van de bestuurder dan geen enkele functie? Die functie is mijns inziens daarin gelegen, dat hij aanleiding kan zijn tot het doordenken van bepaalde verplichtingen en het leggen van bepaalde dwarsverbanden met andere rechtsgebieden, wederom met de waarschuwing dat de

hier behandelde ‘zorgplicht’ er een van geheel eigen aard is. Maar de vele gedachten die zich in de loop der jaren hebben gevormd over wat als behoorlijk bestuur geldt en – vertaald in termen van zorgplicht – tot welke zorg de bestuurder jegens de rechtspersoon is gehouden, kunnen mogelijk een inspiratiebron zijn voor de invulling van zorgplichten van andere functionarissen en instellingen, al dan niet in andere rechtsgebieden.